

# AIDE-MÉMOIRE CONCERNANT LA DÉONTOLOGIE, LES NORMES ET LES QUESTIONS JURIDIQUES À L'INTENTION DES CONSEILLERS ET PSYCHOTHÉRAPEUTES

## La confidentialité et les critères de Wigmore

D<sup>r</sup> Glenn Sheppard

À titre de conseillers et de psychothérapeutes, nous nous sommes engagés à préserver la confidentialité de ce que nous communiquent nos clients. Nous sommes pour ainsi dire les gardiens de leur confidentialité et les fiduciaires de leurs secrets. On associe habituellement la protection des communications confidentielles à un principe déontologique bien établi, tout comme il est d'usage de décrire la communication privilégiée comme étant une obligation légale du même type que celle qui prévaut entre un avocat et son client à qui il transmet un avis et de l'aide juridique dans le cadre d'un litige. On dit de la communication entre le juriste et son client qu'elle est *privilégiée*, car elle est à l'abri des tribunaux et donc inadmissible en preuve dans tout dossier de cour.

Étant donné que dans notre société canadienne, toute personne accusée d'un crime a droit à une défense pleine et entière en vertu d'un principe de justice fondamentale, les catégories de communications privilégiées sont très limitées. Par exemple, même si les tribunaux anglais et canadiens ont rarement contraint les membres du clergé à divulguer à la cour une communication religieuse confidentielle, celle-ci n'est pas protégée à titre de communication privilégiée, ni en common law, ni en droit législatif, sauf au Québec et à Terre-Neuve, qui lui ont expressément accordé ce statut privilégié. Aux États-Unis, tous les États accordent une protection législative similaire aux communications du clergé, souvent désignées par le terme de secret de la confession. Même en l'absence d'une telle protection au Canada, il est probable que les tribunaux continueront de traiter ce genre de communication comme si elle était privilégiée et d'aborder la question de la divulgation au cas par cas. En 2011, tous les États des É.-U., sauf un, avaient promulgué des lois régissant le caractère privilégié des communications entre le conseiller et son client. Certaines de ces dispositions législatives protègent totalement ce caractère privilégié, tandis que d'autres ne lui accordent qu'une protection réduite comportant de nombreuses exceptions, qui ne le rendent pas beaucoup plus sûr que la simple confidentialité conseiller-client.

Les lecteurs savent bien que notre engagement à préserver la confidentialité du client ne peut pas être absolu. On peut y déroger lorsque : un enfant risque d'être blessé, un client risque de s'infliger des blessures ou s'il y a risque imminent que le client inflige de graves blessures ou la mort à une autre personne ou à un groupe de personnes. Par ailleurs, étant donné que la confidentialité appartient toujours aux clients et non au thérapeute, ceux-ci peuvent, par consentement éclairé, permettre que leurs communications confidentielles puissent être divulguées à des tiers, y compris dans le cadre d'une action en justice. Évidemment, en l'absence du consentement du client et sous le coup d'une assignation à comparaître ou d'une ordonnance de la cour, nous pouvons, en tant que conseillers, être contraints de produire en cour un dossier de counseling et/ou de témoigner.

Malgré ces exceptions potentielles à la sauvegarde de la confidentialité du client, les tribunaux et les juges sont très parcimonieux dans leurs demandes de dérogation à la confidentialité et, en règle générale, il leur faut un motif majeur pour exiger qu'un conseiller ou qu'un psychothérapeute y déroge. Heureusement, ils disposent d'un cadre d'analyse général pour les aider à trancher de telles situations. Il s'agit des **critères de Wigmore**. John Henry Wigmore (1863-1943) fut un juriste étasunien spécialiste du droit de la preuve. Il présenta les quatre exigences suivantes afin d'aider les juristes à déterminer si une communication donnée est confidentielle; il cita également les facteurs à prendre en compte lorsqu'on doit décider de la protéger ou d'obliger sa divulgation.

1. Les communications doivent avoir été transmises *confidentiellement* avec l'assurance qu'elles ne seront pas divulguées.
2. Le caractère *confidentiel* doit être un élément essentiel au maintien complet et satisfaisant des rapports entre les parties.
3. Les *rapports* sont de la nature de ceux qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être *entretenus assidûment*.
4. Le *préjudice* permanent que subiraient les rapports par la divulgation des communications est *plus considérable que l'avantage* à retirer d'une juste décision.  
(italique dans l'original)

Dans le cas de relations professionnelles de counseling, il n'est généralement pas difficile de satisfaire aux deux premiers critères. De fait, nulle autre que l'ex-juge de la Cour suprême, Claire L'Heureux-Dubé, expliqua au nom de la Cour son engagement à l'égard du droit à la protection de la vie privée et sa profonde compréhension de l'importance de la confidentialité dans le cadre de la relation thérapeutique (R. c. Mills - CSC, 1999). Elle a écrit :

*Le fait que la vie privée soit essentielle au maintien de rapports de confiance a été souligné devant notre Cour dans les observations éloquentes que de nombreux intervenants en l'espèce ont présentées relativement aux dossiers de consultation. La relation thérapeutique est caractérisée par la confiance, dont un élément est la confidentialité. La protection de l'attente raisonnable du plaignant quant au respect du caractère privé de ses dossiers thérapeutiques préserve donc la relation thérapeutique.*

*Plusieurs intervenants en l'espèce ont souligné que la relation thérapeutique pouvait avoir des répercussions importantes sur l'intégrité psychologique du plaignant. La consultation aide une personne à se remettre de son traumatisme. Même la possibilité que ce caractère confidentiel soit violé affecte la relation thérapeutique.*

De même, dans une décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (RCL c. SCF 2011) le juge Joyce écrit :

*Je constate beaucoup d'intérêt de la part du public à l'idée d'encourager les victimes de violence à obtenir des services de counseling pour lesquels ils sont assurés que la confidentialité des communications sera préservée. L'intérêt public est bien servi si l'on favorise cette confidentialité le plus possible.*

Les conseillers, les psychothérapeutes et leurs porte-parole peuvent aussi invoquer des arguments persuasifs pour satisfaire au quatrième critère. Par exemple, pour qu'une personne consente à divulguer des renseignements personnels potentiellement embarrassants, sensibles, ou parfois des pensées pouvant être jugées irrationnelles ou inhabituelles, ou un récit personnel d'agression sexuelle ou autre traumatisme, elle doit avoir confiance que ces divulgations ne seront pas révélées sans sa permission. Dans de telles circonstances de confidentialité, les citoyens peuvent obtenir l'aide dont ils ont besoin pour vivre une vie plus saine, plus productive et plus satisfaisante. Il s'agit évidemment d'un grand avantage pour la société. Par conséquent, cet avantage significatif semble inciter les collectivités à militer en faveur de la nécessité d'« encourager assidûment » ce type de relation confidentielle.

Si les conditions des critères un à trois sont satisfaites, c'est le quatrième et dernier critère qui peut devenir le plus difficile à respecter. C'est alors que la cour doit décider si c'est la divulgation ou la préservation de l'information confidentielle qui lui profiterait le plus. Si l'on établit qu'une telle divulgation est indispensable à la mission du tribunal, qui consiste à rechercher la vérité et à rendre pleinement justice dans une affaire donnée, alors il faudra autoriser la divulgation complète ou partielle. Il est plus probable qu'un jugement favorisant la non-divulgation survienne dans une poursuite au civil plutôt qu'au criminel, car comme l'a écrit la juge Beverly McLaughlin de la Cour suprême : « *...dans au cause au civil, la partie défenderesse s'expose à perdre de l'argent et du renom; l'accusé dans une cause au criminel risque de perdre sa liberté.* »

Le tribunal doit toujours évaluer l'importance de la divulgation aux fins de l'administration de la justice par rapport à l'intérêt public de préserver la confidentialité, même lorsque les conditions prévues aux critères un à trois sont remplies. Voici divers exemples d'affaires judiciaires dans lesquelles le tribunal a invoqué les critères de Wigmore pour rendre sa décision au sujet de la divulgation :

1. Dans RCL c. SCF (2011) devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, le juge devait décider s'il lui fallait ou non exiger que les dossiers de counseling du demandeur lui soient divulgués par la Elizabeth Fry Society, qui avait fourni des services de counseling à ce dernier. Il trancha que le counseling satisfaisait aux critères un à trois de Wigmore. En ce qui concerne le quatrième critère, le juge n'autorisa pas l'accès aux dossiers de counseling pour les motifs suivants :

*« la partie défenderesse sait déjà que le demandeur fut victime de violence lorsqu'il était enfant, que cela lui a causé de la douleur affective, qu'il a fait une tentative de suicide, qu'il a demandé de l'aide auprès de l'organisme Elizabeth Fry Society... »* Il conclut alors *« Je ne suis pas convaincu que ces dossiers puissent effectivement contribuer à établir quelque fait substantiel que ce soit. »*

2. Dans R. c. Gruenke (1991, 3 RCS 263), Gruenke et Fosty avaient été déclarés coupables de meurtre au premier degré. Ils en appelaient du jugement en invoquant le fait que la divulgation du meurtre à une conseillère spirituelle d'une église et à un pasteur constituait une communication privilégiée. Le tribunal trancha qu'il ne s'agissait pas d'une communication protégée par un privilège. En appliquant les critères de Wigmore, le tribunal a conclu qu'il n'y avait une expectative de caractère confidentiel au moment

de la divulgation et qu'il y avait des motifs suffisants de l'accepter en preuve. Le pourvoi en appel fut donc rejeté.

3. Dans la décision de la Cour suprême du Canada (CSC) portant sur le dossier *Globe and Mail c. Canada*, le journaliste Daniel Leblanc invoquait le privilège de protection des sources journalistiques en ce qui concerne l'information rendue publique au sujet de qu'il est convenu d'appeler le « scandale des commandites ». Le tribunal rejeta tous les arguments à l'appui d'un tel privilège. Cependant, il appliqua les critères de Wigmore et en vint à la conclusion que la préservation de la confidentialité dans ce cas était dans l'intérêt public, mais ordonna à M. Leblanc de répondre aux questions sur le sujet devant le tribunal, pourvu que cela ne révèle pas l'identité de sa source.
4. Dans le dossier *R. c. M (1992)*, la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick a dû trancher une affaire portant sur des dossiers de counseling en milieu scolaire. Dans ce cas, le juge a eu recours à un voir-dire afin de décider si le procès du jeune accusé devait se tenir devant un tribunal pour adultes. Le juge appliqua les critères de Wigmore afin de décider s'il allait ou non permettre la divulgation du dossier de counseling scolaire du jeune prévenu. Il jugea que les critères un à trois étaient satisfaits et quant au quatrième critère, il ne justifiait pas la divulgation, car ces renseignements n'étaient pas indispensables à la décision. Je connais bien également une autre cause similaire qu'a dû trancher un tribunal de Terre-Neuve et dans laquelle le juge a rendu une décision comparable; toutefois, il exigea la divulgation du dossier scolaire cumulatif de l'accusé. Cela nous rappelle que ce type de dossier ne devrait jamais contenir de notes de counseling.
5. Dans la cause *Children's and Society of Ottawa c. S(N)* portant sur une affaire de protection de l'enfance, la Cour suprême de l'Ontario refusa que la mère ait accès au dossier de counseling scolaire de son enfant. Le tribunal a en effet conclu que la relation de counseling de l'enfant avec son conseiller d'orientation satisfaisait à tous les critères de Wigmore. Le juge a conclu que la mère disposait de suffisamment d'information et qu'il était « dans l'intérêt véritable de l'enfant » de ne pas permettre à la mère de questionner le conseiller d'orientation au sujet des notes de counseling.
6. Personnellement, il y a quelques années, je fus convoqué à titre de témoin devant un tribunal de Terre-Neuve dans un dossier impliquant un adolescent accusé d'une grave infraction criminelle. J'avais rendu visite à l'adolescent, qui était mon client en counseling, tandis qu'il était détenu en lieu sûr avant sa comparution. L'avocat de la Couronne me questionna à propos de cette visite, et plus particulièrement à savoir ce que mon client aurait pu alors me divulguer concernant le délit allégué. Je fus pris au dépourvu, mais retrouvant mes moyens, je m'adressai au juge en ces termes : « Votre Honneur, j'ai besoin de vos conseils avant de répondre à cette question, car lorsque je

me suis entretenu avec [nom du client], je suis certain que nous étions tous deux convaincus que nous parlions en toute confidentialité et j'aimerais bien conserver sa confiance durement acquise. » Je fus surpris de voir le juge convoquer les deux avocats à sa tribune et, après une discussion assez longue et assez animée entre les trois intervenants, il m'informa que je n'étais pas tenu de répondre à la question. Évidemment, je ne sais pas s'il a ou non appliqué les critères de Wigmore, mais je suis convaincu que la communication en cause aurait satisfait aux critères un à trois. Bien sûr, le quatrième critère est toujours plus difficile à trancher avec justesse et prudence, et il en sera certainement encore ainsi à l'avenir, les décisions se prenant au cas par cas.

Les critères de Wigmore sont présentés à la page 13 des **Normes d'exercice de l'ACCP**.